

LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL DE CONSTANTINO

© Copyright 1989. Rafael Domingo
Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra

ISBN: 84-87146-01-5

Depósito Legal: NA.

Fotocomposición: Compomática ALGOL; Iturrama 64 Bj.
Impreso en: Gráficas Ulzama. Arre (Navarra)

Printed in Spain - Impreso en España

Rafael Domingo

LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL
DE
CONSTANTINO

Servicio de Publicaciones
de la Universidad de Navarra S.A.
Pamplona 1989

A mis padres

ÍNDICE

PRÓLOGO (ÁLVARO D'ORS)	11
I. INTRODUCCIÓN	15
II. LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL «STRICTO SENSU»	23
1. La derogación parcial de la legis- lación matrimonial de Augusto	23
2. Las prohibiciones matrimoniales	33
3. La disolución del matrimonio	37
a) La nueva legislación sobre divorcio	37
b) La deportación	46
c) La ausencia	50
III. LA LEGISLACIÓN SOBRE ESPONSALES	53
IV. EL CONCUBINATO EN LA LEGISLACIÓN CONSTANTINIANA	67
V. LAS UNIONES CONYUGALES CON PERSONA ESCLAVA	77
VI. CONCLUSIONES	89
ÍNDICE TÓPICO Y ONOMÁSTICO	95
ÍNDICE DE FUENTES	99

PRÓLOGO

La figura de Constantino tiene una significación del todo singular en el curso de la historia romana así como del derecho. Ha sido también un signo de contradicción, en el sentido de que la resistencia pagana convirtió a ese emperador en chivo expiatorio de la decadencia del Imperio. Se unían en tal actitud de resistencia diversas corrientes: la de un tradicionalismo pagano rural, del que son buena muestra las aras que los rústicos seguían dedicando a sus antiguos ídolos, el aristocratismo centrado sobre todo en el Senado honorífico de Roma y unido a una serie de intelectuales que identificaban la cultura con los modelos antiguos, también, ciertos sectores de la milicia germánica que habían asimilado mal su nuevo cristianismo oficialmente aceptado. Esta resistencia llegó a caricaturizar a Constantino como un «per-

turbador» de todo el legado de los antepasados, a la vez que exaltaba la figura del apóstata Juliano, que, por poco tiempo, había podido dar la impresión de la reversibilidad del dominio cristiano.

Por lo demás, el mismo Constantino, dócil a los dictados de la autoridad eclesiástica, no dejaba de ser un convertido muy singular, que esperó el último momento de su vida —por razones que no acaban de ser del todo claras ante el juicio de hoy— para recibir el Bautismo. A esto se une que también en él perduraran algunos vestigios, aparentes al menos, de paganismo, y, por otro lado, que su legislación no pudiera abolir repentinamente tantos condicionamientos sociales contradictorios con los principios más elementales de la doctrina cristiana.

En todo caso, para juzgar la significación de Constantino en la historia del derecho, no se debe olvidar que la clara decadencia de lo «clásico» había empezado ya casi un siglo antes; en especial, hay que tener presente la desaparición de los iuris prudentes. En este sentido, ha sido un error frecuente el de contraponer el innovador Constantino a su antecesor Diocleciano, defensor de lo clásico. Un cierto «clasicismo» no puede negarse en el hábito de la Cancillería de Diocleciano, como el que muestra un Hermogeniano, epitomador vulgar de la literatura jurídica y de los rescriptos im-

periales; pero esa actitud muchas veces tradicionalista del momento resultaba incongruente con la mucho más grave revolución política y administrativa que Constantino había de encontrarse ya consumada. Así, pues, este emperador se enfrentó, a la vez, con un derecho en decadencia, con una revolución oficial consumada y con una nueva religión y sociedad eclesiástica cuya pujanza era imposible desconocer.

Ante esos retos históricos, no faltó a Constantino la fuerza configuradora de una nueva época histórica, ni el impulso de un propósito, que podemos considerar cristiano, de ajustar la realidad a la verdad. Su misma política monetaria, con el solidus de oro, aunque pudiera producir efectos lamentables, venía a ser como un símbolo de la actitud general de su gobierno.

Por lo que a su legislación se refiere, son muchos los aspectos que han venido y siguen atrayendo la atención de los romanistas. En especial, las dificultades de adaptación de los nuevos criterios cristianos a una realidad social contradictoria pueden analizarse en una materia tan especialmente delicada como es la del matrimonio: se trataba de pasar de una concepción del matrimonio como una actual situación fáctica honorable a la de una relación vincular indisoluble. Era evidente que esa conversión no podía hacerse por un simple

acto legislativo, puesto que la realidad social se hallaba arraigada en unos sentimientos morales difícilmente eliminables. Así, por ejemplo, del mismo modo que una ley no hubiera podido abolir la esclavitud —sobre la que se fundaba casi exclusivamente la mano de obra—, así tampoco podía esperarse una abolición del divorcio. Ambas instituciones, esclavitud y divorcio, aunque contrarias al derecho divino natural, no dejaban de existir entonces como de derecho de gentes universalmente observado. De ahí que, en su conjunto, la legislación matrimonial de Constantino nos pueda parecer como tímida y no del todo congruente, como si en ella se insinuaran más que se consumaran los principios cristianos.

El Dr. Rafael Domingo se ha aplicado en el presente trabajo a analizar cuidadosamente los distintos aspectos de esa legislación, destacando quizá más lo que en ella puede verse de continuidad con el antiguo derecho que tratando de interpretar lo que en ella puede percibirse como prospectiva de lo que llegaría a ser un régimen realmente cristiano del matrimonio.

Pamplona, 28 de noviembre de 1988

Álvaro d'Ors

I INTRODUCCIÓN

Los trabajos publicados por los estudiosos de la Antigüedad sobre Constantino se pueden contar por centenas. Pero me atrevería a decir —sin grave riesgo de error— que en los próximos lustros se seguirán publicando centenares de escritos sobre este emperador romano que mereció el sobrenombre de «el Grande», pues, aparte de ser la suya una personalidad rica y enigmática, la misma historia se ha encargado de encubriarla artificiosamente. En efecto, ya en tiempos de Constantino nos encontramos escritores que no dejan de elogiar las virtudes de este magnánimo emperador, como Eusebio de Cesarea en su *Historia Eclesiástica*, su *Panegírico de Constantino* y su *Vida de Constantino*, o Lactancio en su relato *De la muerte de los perseguidores*; y, por otra parte, escritores de tradición pagana, como su sobrino Juliano el Apóstata o el conde Zósimo, que en la sátira titulada *Los Césares* y en la *Nueva Historia* nos ofrecen, respectivamente, versiones absolutamente parciales y hostiles sobre Constantino.

La leyenda y la verdad, lo objetivo y lo subjetivo, lo real y lo imaginario, lo esotérico y lo exotérico se entrecruzan, sin solución de continuidad, en las fuentes que versan sobre este emperador romano. No me resisto a transcribir, porque viene como anillo al dedo, el ejemplo que pone Lloyd B. Holsapple al hablar de este tema en su biografía de Constantino: «Muchas veces —comenta el autor— he subido yo los escalones que conducen a esa iglesia romana con aspecto de fortaleza: la de los 'Santi Quattro Incoronati'. Allí visité la pequeña capilla de San Silvestre que se encuentra en la plazoleta, enfrente de la iglesia. En las paredes de esta capilla —continúa diciendo Holsapple— hay una serie de frescos toscamente acabados, donde se pinta una historia muy común de Constantino. En el primero se ve al emperador atacado de lepra, como consecuencia de su persecución contra los cristianos. Los médicos le aconsejaron un baño en sangre de niños para curar su mal. Con tierna piedad, se le ve despidiendo a las madres que le han llevado a sus hijos para que los degüellen y poder así proveer la sangre necesaria. Después es pintado mientras recibe en sueños la visita de San Pedro y San Pablo, en la noche siguiente, en la que estos apóstoles le conjuran para que mande buscar al papa Silvestre, que le administrará el único remedio seguro para su enferme-

dad. A continuación, se ve a los emisarios del emperador en el momento de descubrir al citado pontífice en el monte Soracte, donde estaba escondido. El cuadro siguiente representa al Papa mostrando al emperador los retratos auténticos de los dos apóstoles, en los cuales él reconoce las mismas formas que se le aparecieron en su sueño. El emperador, por su ignorancia, considera a ambos apóstoles como dioses que reclaman que les adore. Luego está pintado el bautismo de Constantino, en una gran fuente, con un fondo de arquitectura fantástica. Por último, el padre santo aparece sentado en un trono, recibiendo una tiara de las manos del emperador, arrodillado a sus pies»¹.

Si hemos señalado que la figura de Constantino es enigmática, del matrimonio romano, que es el otro tema del que nos ocupamos en este librito, hemos de decir que se trata de una institución de difícil comprensión, ya que el estudioso tiende con facilidad a interpretar realidades históricas pasadas con esquemas mentales presentes. Este grave peligro fue ya advertido por Volterra en su conocido estudio sobre la

1. LLOYD B. HOLSAPPLE, *Constantino el Grande* (Buenos Aires 1947) 11. Se cita la traducción de Cayetano Romano, con algunas modificaciones de estilo.

noción jurídica de *conubium*: «Nel ricostruire la struttura del matrimonio romano —observa el autor—, troppo spesso gli studiosi del nostro tempo partono dalla configurazione giuridica del matrimonio moderno, cercando di interpretare su questa base le fonti antiche e sforzandosi di inquadrare gli istituti classici negli schemi dell'attuale sitematica»².

Me parece, por tanto, que el mejor camino para conocer el matrimonio en tiempos de Constantino es el análisis exegético de las fuentes jurídicas de la época, recogidas, fundamentalmente, en el Código Teodosiano y luego en el Código de Justiniano. Conviene, sin embargo, antes de cumplir nuestro objetivo, hacer tres advertencias: una histórica, otra lingüística, y una última sobre la propia delimitación de nuestro trabajo.

Con la advertencia histórica quiero recordar que desde que Constantino fue proclamado Augusto, en Britania, en el año 306, por las tropas de su padre Constancio Cloro, recientemente fallecido en York, hasta que en el año 324, tras la derrota de Licinio, fue proclamado único emperador tanto de Occidente como de

2. VOLTERRA, *La nozione giuridica del «conubium»*, en *Studi Albertario* II (Milano 1953) 347.

Oriente, pasaron bastantes años de gobierno compartido, lo cual debe ser tenido en cuenta a la hora de estudiar su legislación.

La advertencia lingüística sirve para aclarar que con la expresión legislación matrimonial, que forma parte del título de este escrito, me estoy refiriendo, no sólo al matrimonio tal y como fue concebido en la época post-clásica, sino también a otro tipo de uniones conyugales, como, por ejemplo, el concubinato. He seguido este criterio metodológico porque considero que sin una visión completa de las posibles relaciones entre el varón y la mujer, independientemente de su condición social, es difícil comprender de forma cabal el porqué de muchas disposiciones constantinianas sobre este tema.

Por último, quisiera señalar que el presente trabajo se limita exclusivamente al estudio jurídico de la relación personal, y que, por tanto, sólo me refiero a las relaciones patrimoniales —*donationes ante nuptias*, dote, *bona materna*, etc.— cuando influyen directamente en el tema de la relación personal, objeto de nuestro estudio.

No quisiera terminar esta breve introducción sin mencionar de manera especial el conocido «Diritto romano cristiano» de Biondo Biondi, pues ha sido para mí un libro de frecuente y utilísima consulta durante la redacción de estas páginas.

II
LA LEGISLACIÓN MATRIMONIAL
«STRICTO SENSU»

1. *La derogación parcial de la legislación matrimonial de Augusto*

Como es sabido, para fomentar el matrimonio y la procreación, Augusto dio dos leyes —la *Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) y la *Papia Poppaea* (9 d.C.)— según las cuales todos los hombres de 25 a 60 años y las mujeres de 20 a 50 años, incluidas las personas viudas y divorciadas, debían estar casados y tener descendencia legítima. Para conseguir este objetivo, quedaron limitadas las adquisiciones *mortis causa* tanto de los solteros (*caelibes*) como de los casados sin hijos (*orbi*). A su vez, a las mujeres con tres hijos se les concedía el *ius liberorum*, que les permitía disponer por testamento y les liberaba de la tutela agnaticia. Las referencias que tenemos a esta legislación matrimonial de Augusto se hacen conjuntamente a las dos leyes, pero contamos ahora, para poder apreciar algunas de las reformas introducidas por la segunda

de ellas, con el testimonio de la *lex Iulu municipalis* —en la medida en que se nos conserva en el texto epigráfico de la *lex Irnitana* fundada en aquella ley—, que fue promulgada antes de la ley Papia Popia³.

Es comprensible que las nuevas ideas cristianas sobre el celibato consagrado resultaran incompatibles con una legislación que venía a considerarlo como, en cierto modo, ilegal; de ahí que no se nos conserven rastros de la legislación matrimonial de Augusto en el *Corpus Iuris*.

Pero, aunque fue Justiniano quien derogó la llamada legislación caducaria de Augusto⁴, ya Constantino, el 31 de enero del 320, mediante una constitución dirigida *ad populum*, suprimió parcialmente el contenido de esta legislación.

El texto de esta constitución constantiniana, recogido en CTh. 8, 16, 1 —y parcialmente en CJ. 8, 57, 1—, es el siguiente:

Qui iure veteri caelibes habebantur, imminentibus legum terroribus liberentur adque ita vivant, ac si numero maritorum matrimonii foedere fulcirentur, sitque omnibus aequa condicio capes-

3. Vid. ÁLVARO D'ORS, *La Ley Flavia municipal* (Roma 1986).

4. CJ. 6, 51, 1 del 534.

sendi quod quisque mereatur. Nec vero quisquam orbus habeatur: proposita huic nomini damna non noceant. Quam rem et circa feminas aestimamus earumque cervicibus inposita iuris imperia velut quaedam iuga solvimus promiscue omnibus. Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctorita[s].

Constantino, por tanto, deroga con esta constitución las limitaciones hereditarias de herederos ajenos, proclama la libertad de la mujer para no casarse, así como para permanecer viuda, y mantiene la incapacidad de recibir *inter virum et uxorem*, que fue definitivamente suprimida por otro emperador cristiano, Teodosio II, el año 410⁵.

Ahora bien, si el contenido de la constitución es claro y no ha dado lugar a interpretaciones contradictorias, no lo es tanto la razón última que impulsó a Constantino a redactar la mencionada ley.

Piganiol —cuya actitud anticonstantiniana en la interpretación de la crisis del Imperio es conocida— considera que es la influencia de la filosofía pagana la verdadera causa de esta cons-

5. Cfr. CTh. 8, 17, 2 del 410 (= CJ. 8, 57, 2)

titución. Avala su opinión en un texto de Sozomeno que dice que Constantino dio el derecho de poder disponer libremente de sus bienes a los que tenían por oficio venerar a la divinidad o dedicarse a la filosofía⁶. «C'est à l'ascétisme philosophique en général —concluye Piganiol— que Constantin accorde une prime»⁷.

Por su parte, Gaudemet —cuyos estudios sobre la legislación del Bajo Imperio deben tenerse siempre en cuenta— opina que, aunque esta constitución del 330 favorecía el ejercicio de las virtudes cristianas, su finalidad no era ésa precisamente. «Que connaissait Constantin —se pregunta el autor— en 320 de la morale chrétienne? Sans doute peu de chose, lui qui ne verra jamais dans les querelles religieuses que le trouble à la paix de l'état. Invoquera-t-on l'influence de son entourage ou des ses bureaux? Mais, depuis bien longtemps, les païens avaient attaqués les lois caducaires. La loi de 320 n'est-elle pas la consécration de cette opposition plutôt qu'un texte à la gloire du célibat, alors que, pour formuler la règle nouvelle, elle ne trouve

6. SOZOMENO, *Historia de la Iglesia* 1, 9 (PG. 67, 881 ss.).

7. PIGANIOI, *L'empereur Constantin* (Paris 1932) 124-125.

rien de mieux que d'assimiler les célibataires aux gens mariés?»⁸.

No es ésta la opinión más general, ni, en especial, de Biondi⁹ ni de Ehrhardt¹⁰, que consideran que en esta constitución hay una notable influencia eclesiástica. También Humbert, en su excelente monografía sobre *Le remariage à Rome*¹¹, observa que, aunque efectivamente fue bien recibida esta constitución entre ciertos filósofos paganos próximos al emperador, la derogación parcial de la legislación caducaria se debe fundamentalmente a la influencia de la Iglesia.

En efecto, la legislación caducaria de Augusto perjudicaba a la Iglesia por varias razones: en primer lugar, porque contrariaba el sentido cristiano de la virginidad así como el estado de viudedad. Por otra parte, prácticamente la totalidad de los clérigos o bien eran *caelibes*, pues no podían casarse, o bien futuros *orbi*,

8. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage aus Bas Empire*, en *Studi Albertario II* (Milano 1953) 186.

9. BIONDI, *Il diritto romano cristiano III* (Milano 1954) 142 ss.

10. EHRHARDT, *Constantin der Grosse. Religionspolitik und Gesetzgebung*, en *SZ.* 72 (1955) 184 ss.

11. HUMBERT, *Le remariage à Rome* (Milano 1972) 360 ss.

porque les estaba prohibido hacer uso del matrimonio. Pero también desde el punto de vista patrimonial perjudicaba a la Iglesia, ya que las Iglesias locales no podían ser instituidas herederas por ser *personae incertae*, y, a su vez, no compensaba instituir herederos a los clérigos debido a su incapacidad pasiva. Por esto, Humbert se atreve a decir que «l'Église pour sa puissance, le clergé pour sa condition et son statut, le peuple des fidèles pour la réalisation de son idéal moral, la communauté chrétienne dans son ensemble donc pour assurer son essor ne pouvait, une fois reconnue officiellement par le pouvoir séculier, supporter sans réagir le maintien des lois d'Auguste»¹².

Destacaré, a continuación, algunos argumentos que expone Humbert para mostrar la influencia eclesiástica en la constitución del 320:

1) Cronológicamente, coincide esta constitución con otras medidas que favorecen a la Iglesia Católica¹³, como, por ejemplo, la *episco-*

12. *Ibid.*, p. 367-368.

13. Vid. GAUDEMET, *La législation religieuse de Constantin*, en *Revue d'histoire de l'Église de France* 33 (1947) 25-61.

*palis audientia*¹⁴, la *manumissio in ecclesia*¹⁵, la capacidad sucesoria de las iglesias¹⁶, etc.

2) No es de extrañar que Constantino hubiera dictado esta constitución del 320 aconsejado por Osio de Córdoba. En efecto, a este obispo español, amigo íntimo del emperador, que trabajó en la corte de Constantino entre el 312 y el 325, se le atribuye una influencia decisiva, no sólo en la conversión de Constantino, sino también en la promulgación de normas legislativas de capital importancia para la expansión del cristianismo. A Osio de Córdoba está dirigida, por ejemplo, la constitución del 321 sobre la *manumissio in ecclesia*, a la que acabo de referirme. Se sabe, además, que Constantino encomendó a este obispo centenario tareas delicadas, como la de ser portador de una carta personal a Alejandro y a Arrio.

3) Por último, no podemos olvidar algún testimonio como el de Eusebio de Cesarea, que, en su *Vita Constantini*¹⁷, califica la constitución como santa y religiosa, o el de San Am-

14. Cfr. CTh. 1, 27, 1 del 318?

15. Cfr. CTh. 4, 7, 1 del 321 (= CJ. 1, 13, 2).

16. Cfr. CTh. 16, 2, 4 del 321 (= CJ. 1, 2, 1).

17. Cfr. EUSEBIO, *Vita Constantini* 4, 26-28.

broso, que en su *Liber de viduis* todavía recuerda las perniciosas leyes caducarias: «*quod si persecutores fidei —señala el Padre de la Iglesia— persecutores fuerunt etiam viduitatis*»¹⁸.

En resumen, por tanto, se puede decir que Constantino derogó parcialmente la legislación caducaria, lo cual favoreció considerablemente a la Iglesia Católica. Que influyeran en su decisión ciertos filósofos paganos o ciertos eclesiásticos es difícil de valorar, pues las últimas intenciones que mueven a una persona a actuar pertenecen a su intimidad y permanecen ocultas, salvo manifestación expresa del propio individuo, si bien, por diversos datos históricos de que disponemos, y por el gran interés de la Iglesia en que se derogase esa legislación contraria a su doctrina, me inclino a pensar que hubo de ser mayor la influencia cristiana que la pagana.

Pero la labor de Constantino, no sólo consistió en suprimir una legislación que consideró injusta, sino que dio un paso más —absolutamente impensable en época clásica— que consistió en sustituir la *poena caelibatus* por la *poena secundarum nuptiarum*. Este régimen hos-

18. S. AMBROSIO, *De viduis* 14, 84-85 (PL. 16, 274).

til hacia las segundas nupcias —en el que pienso que también influyó la doctrina cristiana— ha quedado reflejado en dos leyes: una referente a la tutela, del año 326¹⁹, en la que llaman manifestamente la atención los adjetivos que emplea para calificar a las mujeres bínubas —*immoderatae atque intemperantes*—; y otra del año 334²⁰ a propósito de los *bona materna*.

2. Las prohibiciones matrimoniales

A pesar de que en las fuentes se emplee, en ocasiones, el término *impedimentum*, en el Derecho Romano no existió *stricto sensu* un sistema de impedimentos, como se da, por ejemplo, en el Derecho Canónico. Por eso, siguiendo a d'Ors, prefiero utilizar la palabra prohibición, pues me parece que se adecúa mejor a la concepción romana de matrimonio²¹.

Con carácter general, Constantino mantuvo las prohibiciones clásicas, pero amplió las de

19. CTh. 3, 30, 3, 5 (= CJ. 5, 37, 22, 5).

20. CTh. 8, 18, 3.

21. Cfr. ÁLVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*⁶ (Pamplona 1986) § 219 n. 5.

carácter social en una constitución del año 336, que transcribo parcialmente a continuación²²:

Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennalitas vel fla[m]oni] vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive Romana facta seu Latina, vel scaenica vel scaenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescribiti, ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri.

Constantino, por tanto, con esta ley extiende la prohibición que tenían los senadores de casarse con una mujer liberta o de humilde nacimiento a otros altos dignatarios como los *perfectissimi*, pero también los *duoviri* municipales, los sacerdotes provinciales, etc. A su vez, determina a qué mujeres afectan estas prohibiciones matrimoniales. Muy conflictiva ha sido la

22. CTh. 4, 6, 3 (= CJ. 5, 27, 1, con alguna variante).

interpretación del alcance de la significación de la categoría de personas a las que la ley califica de «*humiles vel abiectae*». En efecto, tanto De Robertis, como Cardascia o Falcão²³ mantienen opiniones dispares. Personalmente, me inclino a pensar que es la de este último romanista la más acertada. Según Falcão, *humilis* se refiere a la mujer de baja condición social por su humilde nacimiento, mientras que *abiecta* es la mujer de vida indecorosa e impúdica. Pero nadie mejor que el propio autor para expresarnos su pensamiento: «*Humilis* —advierte Falcão— significaría lo mismo que *obscurum loco nata*, esto es, de condición social humilde por su bajo nacimiento; y *abiecta* se referiría a la mujer dada a una vida deshonesto, *turpis*, o a un oficio que le exponía a llevar tal vida. Así —concluye el autor— la discutida constitución de Constantino —que no prima realmente por la precisión— haría referencia a las prohibiciones matrimoniales que afectaban a la esclava, a la liberta, a la mu-

23. Vid. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel Basso Impero*, en *Annali Bari* 17 (1939) 45-69; CARDASCIA, *La distinction entre «honestiores» et «humiliores» et le droit matrimonial*, en *Studio Albertario* II (Milano 1953) 655-667; FALCÃO, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano* (Pamplona 1973).

jer ingenua de condición humilde por su nacimiento (*humilis*) y a la mujer de vida deshonestata (*abiecta*); en resumen, las mismas categorías de mujeres a quienes estaban prohibidas las nupcias con los miembros de la clase senatorial, en la época clásica»²⁴.

Antes de terminar este apartado, quiero hacer una breve referencia a una prohibición matrimonial atribuida a Constantino, que aparece con frecuencia en libros y manuales²⁵. Se trata de la prohibición de contraer matrimonio entre el raptor y la raptada, que suele fundamentarse en una constitución del 320²⁶, recogida en CTh. 9, 24, 1, que se refiere efectivamente al rapto, pero no como prohibición matrimonial entre el raptor y la raptada, sino como crimen por el que se castiga con severas penas tanto al raptor como, en su caso, a los padres de la raptada, a los instigadores, etc.: «*Et*

24. FALCÃO, *op. cit.*, pp. 51-52.

25. Vid., por ej., VOLTERRA, *Matrimonio (Diritto Romano)*, en *Novissimo Digesto Italiano* 10 (Torino 1957) 335; BONFANTE, *Corso di diritto romano* I (Milano 1963) 279; IGLESIAS, *Derecho Romano* (Barcelona 1972) 554.

26. Sobre la exactitud de esta fecha, vid. SARGENTI, *Per una revisione critica dei problemi di datazione delle costituzioni di Costantino*, en *Studi sul diritto del tardo Impero* (Padova 1986) 310 ss.

quoniam —dice la ley en el § 1— *parentum saepe custodiae nutricum fabulis et pravis suasionibus deluduntur, his primum, quarum detestabile ministerium fuisse arguitur redemptique discursus, poena immincat, ut eis meatus oris et faucium, qui nefaria hortamenta protulerit, liquentis plumbi ingestione claudatur*». Como puede verse, se trata de castigar el delito, no de establecer una prohibición matrimonial.

Por tanto, no fue Constantino el que incluyó el rapto entre las prohibiciones matrimoniales, sino que hubo que esperar hasta el emperador Justiniano²⁷.

3. La disolución del matrimonio

a) La nueva legislación sobre divorcio

Conflictiva por sus efectos y discutida en su interpretación ha sido la famosa constitución de Constantino relativa al divorcio, del año 331.

El texto, recogido en CTh. 3, 16, 1, dice así:

Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita cau-

27. Vid. CJ. 9, 13, 1, 2 del 533 y Nov. 143 y 150.

sa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero maritis per quascumque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquiri, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probaverit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat. Nam si praeter haec tria crimina repudium marito miserit, oportet eam usque ad aciculam capitis in domo mariti deponere et pro tam magna sui confidentia in insulam deportari. In masculis etiam, si repudium mittant, haec tria crimina inquiri conveniet, si moecham vel medicamentariam vel conciliatricem repudiare voluerint. Nam si ab his criminibus liberam eiecerit, omnem dotem restituere debet et aliam non ducere. Quod si fecerit, priori coniugi facultas dabitur domum eius invadere et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inlata.

La lectura de esta ley nos permite advertir que Constantino prohibió el divorcio unilateral salvo en tres supuestos —*tria crimina*—, que deben ser probados. La mujer, por tanto, no puede divorciarse por una causa pretextada —*exquisita causa*—, como, por ejemplo, que su marido sea *ebriosus aut aleatorius aut muliercularius*, sino tan sólo en el supuesto de que su marido sea homicida, envenenador o violador de sepulcros. Por su parte, el marido puede repudiar a su mujer cuando ésta hubiera cometido un adulterio, un envenenamiento o fuera alca-

hueta. Las penas que correspondían a la mujer que se divorciaba por cualquier causa no mencionada eran la pérdida de todos los bienes en favor de su marido y la deportación. El marido, en su caso, debe restituir la dote recibida de la mujer, y se le prohíbe contraer nuevo matrimonio (*aliam non ducere*), de suerte que si lo hace, la mujer repudiada puede invadir su casa y apoderarse de la dote de la segunda mujer.

Estos *tria crimina* a los que se refiere Constantino fueron posteriormente recogidos en la *lex Romana Burgundionum*²⁸ y en el Edicto de Teodorico²⁹.

Con carácter general, la romanística siempre ha visto en esta ley, que reduce drásticamente las causas de repudio, una clara influencia de la Iglesia sobre el derecho imperial. Ya Godofredo advirtió que esta constitución fue redactada «*antistitum quoque christianorum procul dubio consilio*»³⁰. También Volterra, Bonfante, Biondi, Basanoff, Sargenti y Robleda, por citar algunos autores, han servido de eco de esta afirmación³¹.

28. Cfr. *Lex Rom. Burg.*, 21, 1-3.

29. Cfr. *Edict. Theod.*, cap. 54.

30. GODOFREDO, *Commentarius ad h.l.* (Hildesheim-New York 1975) 353.

31. Vid. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, en *Rendiconti della Accademia Nazionale*

El camino que ha llevado a Volterra a no dudar de la influencia cristiana ha sido el exegético. En efecto, frases como «*placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium exquisita causa*» o «*priori coniugi facultas dabitur eius domum invadere, et omnem dotem posterioris uxoris ad semet ipsam transferre pro iniuria sibi inflata*» o expresiones como *moecha*, *medicamentarius*, *sepulchrorum dissolutor*, etc. manifiestan una ignorancia no sólo de la técnica, sino también del lenguaje jurídico. De ahí que este autor opine que la redacción de esta ley fue encargada a miembros de la jerarquía eclesiástica, y no a funcionarios de la Cancillería imperial³².

Para Sargenti, una prueba de la inspiración cristiana de la constitución del 331 es que está dirigida al prefecto del pretor Ablavio, cristiano

dei Lincei 33 (1958) 61-89; BONFANTE, *Corso di diritto romano* I, cit., p. 351; BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III, cit., pp. 172-173; BASANOFF, *Les sources chrétiennes de la loi de Constantin sur le «repudium»* (CTh. 3, 16, 1 del 331) et le champ d'application de cette loi, en *Studi Riccobono* (Aalen 1974) 177-199; SARGENTI, *Il diritto romano nella legislazione di Costantino* (1986), cit. p. 53; y ROBLED A, *El matrimonio en Derecho romano* (Roma 1970) 265.

32. Vid. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni...* cit. p. 76.

amigo de Constantino de gran importancia en el gobierno del emperador, sobre todo en sus últimos años. «Ad un uomo siffatto —avverte Sargenti— può essere attribuita senza difficoltà una posizione di punta anche nella delicata materia del divorzio. Ma per stabilire se ed entro quali limiti si possa addebitare a lui la sostanziale intemperanza e la scorrettezza giuridica della costituzione sarebbe necessario conoscere sia il grado della sua personale partecipazione al lavoro legislativo, sia le caratteristiche della sua preparazione culturale. Che egli non si distinguesse per la conoscenza delle questioni giuridiche si può desumere da un curioso particolare che emerge dalla costituzione del 333 sull'*episcopalis audientia*, nel cui preambolo Costantino si dichiara sorpreso che il prefetto del pretorio mostri di ignorare '*quid de sententiis episcoporum vel ante moderatio nostra censuerit vel nunc servari cupiamus*'... Se è autentica la precedente costituzione costantiniana in materia di giurisdizione vescovile lo stupore di Costantino è più che giustificato e l'ignoranza di Ablavio è un sintomatico indice della sua scarsa preparazione, anzi addirittura informazione giuridica, che potrebbe almeno in parte spiegare il contenuto ed il tenore della costituzione sul divorzio da lui ispirata»³³.

33. SARGENTI, *Il diritto privato nella costituzione di Costantino* (1986) cit., pp. 54-55.

Otro argumento que quizá pudiera servir para demostrar la influencia cristiana sobre esta constitución que comentamos es que fue derogada por Juliano el Apóstata, como lo testimonia San Agustín: «*Ante Iuliani edictum* —dice el Padre de la Iglesia—, *mulieres viros suos dimittere nequibant. Accepta autem potestate, coeperunt facere quod prius facere non poterant; coeperunt enim quotidie viros suos licenter dimittere*»³⁴.

Pero pasemos al análisis estrictamente jurídico del texto.

En primer lugar, hay que advertir que la constitución se refiere exclusivamente al divorcio unilateral, y nada dice sobre el divorcio *mutuo consensu*, que, por tanto, sigue estando permitido en el Imperio. De ahí que, como bien ha observado recientemente Vannucchi Forzieri³⁵, la afirmación de Basanoff de que la constitución del 331 tiende «à consacrer l'indissolubilité comme principe»³⁶ no sea correcta. A su vez, la constitución dice que el hombre que repudia

34. SAN AGUSTÍN, *Quaestiones ex utroque mixtim*, 115 (PL 35, 2348-49).

35. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale del IV-V secolo in tema di divorzio*, en *SDHI*. (1982) 289-317.

36. BASANOFF, *Les sources chrétiennes...* cit., p. 193.

fuera de los casos tipificados *omnem dotem restituere debet et aliam non ducere* y que, si contra- viene esta prohibición legal, la primera mujer podrá invadir la casa del marido y apoderarse de la dote de la segunda esposa, por lo que, en modo alguno, la ley declara inválido el segundo matrimonio, sino que tan sólo lo penaliza³⁷.

La *Interpretatio*, —redactada a principios de la segunda mitad del siglo V y, por tanto, con posterioridad al reconocimiento por Teodosio I del Cristianismo como religión del Imperio— no añade nada nuevo a este respecto, salvo el matiz de que la expresión «entrar en la casa del marido» lleva consigo «*eius substantiam sibimet vindicare*».

La constitución del 331 es, por tanto, una ley «menos que perfecta», ya que se limita a imponer diversas penas por las distintas infracciones, pero no declara inválido el acto prohibido, de ahí que el segundo matrimonio sea válido, aunque sancionado. Por eso, con respecto al cónyuge acusado injustamente, tanto Jonkers³⁸

37. Vid. esta misma opinión en GAUDEMET, *Iustum matrimonium*, en *RIDA*. 2 (1949) 357; y VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale...* cit., p. 296.

38. JONKERS, *Quelques remarques sur les Pères de l'Église, les conciles et les constitutions des Empereurs chrétiens, en leurs rapports réciproques, comme sources pour*

como Vannucchi Forzieri³⁹ afirman que puede contraer nuevo matrimonio, siempre que no haya perdido el *ius conubii*.

No parece aceptable, por tanto, la opinión de Biondi cuando observa que «la legge nulla dice esplicitamente intorno alla possibilità del secondo matrimonio da parte del coniuge ripudiato; ma se si ammette che il primo matrimonio non sia sciolto, la conseguenza è ovvia»⁴⁰. Sí comparto, en cambio, la opinión de este romanista cuando, unas páginas después, afirma que «lo spirito della legge di Costantino, enunciato apertamente, è quello di escludere l'antica piena libertà di ripudiare, la quale è ammessa solo in pochi ed eccezionali casi»⁴¹.

La clave para conocer el concepto de matrimonio en la legislación constantiniana nos la da precisamente el hecho de que este emperador penalice, pero no invalide, el matrimonio contraído nuevamente por el cónyuge culpable, y

l'histoire du Bas-Empire, en *RIDA*. 2 (1949) 507.

39. VANNUCCHI FORZIERI, *La legislazione imperiale...* cit., pp. 297-298.

40. BIONDI, *Il diritto romano cristiano...* III, cit., p. 172.

41. *Ibidem*, p. 174.

no penalice ni invalide expresamente el del cónyuge inocente. En efecto, si Constantino no habla de «nulidad» es porque sigue considerando, como en el derecho clásico, que el matrimonio no es un acto jurídico, sino un hecho con relevancia jurídica, y, por tanto, no puede ser declarado nulo⁴². Así es: un hecho o sucede o no sucede, pero jamás puede ser objeto de una declaración de nulidad. De ahí que Constantino recurra precisamente a las penas, porque éstas sí sirven para castigar hechos.

De este breve análisis de la constitución, se pueden obtener las siguientes conclusiones:

1) El contenido de la constitución no coincide plenamente con el de la doctrina de la Iglesia, ya que subsiste el divorcio *mutuo consensu*, permite el repudio en algunos casos y, como advierte Biondi, existe cierta disparidad de tratamiento entre el marido y la mujer, contrario a la doctrina cristiana⁴³.

2) Propiamente, el contenido de la constitución se limita a reducir las justas causas de repudio y a establecer penas por las distintas in-

42. Vid. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit. § 219.

43. Vid. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III, cit. p. 173.

fracciones. Esta exclusión de la plena libertad de repudio choca frontalmente con el derecho clásico, y bien puede deberse a la influencia de algunos cristianos próximos al emperador, que podrían ver en esta constitución un paso adelante en el largo camino hacia la indisolubilidad del matrimonio.

3) Que la constitución mencionada se trate de una ley menos que perfecta es una manifestación clara de que el matrimonio romano no era todavía un acto jurídico que puede declararse inválido *ipso iure*, sino un hecho que creaba un vínculo moral y sobre todo social, pero no jurídico.

4) Por eso, salvo por pérdida del *ius conubii*, tanto el cónyuge que acusó injustamente como el acusado pueden contraer segundas nupcias.

b) *La deportación*

Obligada es la mención, en este apartado sobre disolución del matrimonio, al problema textual que ha planteado la deportación.

En efecto, en época clásica, la deportación lleva consigo la terminación del matrimonio por cese de la convivencia conyugal. Naturalmente, si la mujer acompaña al marido al destierro, la

deportación producirá la terminación del matrimonio cuando implique una pérdida de la ciudadanía y, por tanto, del *ius conubii*. Pues bien, en el cap. 13 de la Novela 22, Justiniano advierte que fue precisamente Constantino quien negó la disolución del matrimonio en caso de deportación. A su vez, en CJ. 5, 16, 24 se recoge una constitución de Constantino del año 321, cuyo párrafo segundo parece confirmar lo dicho por Justiniano.

El texto de CJ. 5, 16, 24, 2 es el siguiente:

Sin autem aqua et igni ei interdictum erit vel deportatio illata, non tamen mors ex poena subsequuta, donationes a viro in uxorem collatae adhuc in pendenti maneant, quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur, ita ut, si usque ad vitae suae tempus maritus eas non revocaverit, ex morte eius confirmentur: fisco nostro ad easdem res nullam in posterum communionem habituro.

Estas palabras que acabo de transcribir no se encuentran, sin embargo, en CTh. 9, 42, 1 del 321, por lo que cabe conjeturar que fueron interpoladas por Justiniano. Que se trata de una interpolación fue ya advertido hace tiempo por

Albertario⁴⁴, Bonfante⁴⁵ y Sargenti⁴⁶, entre otros. Sin embargo, Biondi⁴⁷, Robleda⁴⁸, etc. consideran que el texto es auténtico de Constantino, y que, por tanto, fue él quien impuso el principio de indisolubilidad del matrimonio en caso de deportación.

Aunque pueda parecer sorprendente que Justiniano, en su novela, diga, contra lo que es cierto, que Constantino excluyó la deportación como causa de extinción del matrimonio, hay que tener en cuenta que esto venía obligado en él por el hecho de la anterior interpolación de la ley de Constantino. En efecto, la novela justiniana es del año 535 y el *Codex repetitae praelectionis* del 534, es decir, un año anterior a la novela. Por eso, si Justiniano había mandado interpolar el texto de Constantino procedente de CTh. 9, 42, 1 y poner en boca de este empera-

44. ALBERTARIO, *L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-justinianeo*, en *Studi di diritto romano* I (Milano 1933) 220.

45. BONFANTE, *Corso* I, p. 332.

46. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* (Milano 1938) 130-131.

47. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III cit., p. 161.

48. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano*, cit., pp. 246-249.

dor el principio de no-disolución del matrimonio en caso de deportación (CJ. 5, 16, 24, 2), resultaba natural que Justiniano atribuyera personalmente a Constantino la innovación que ya en el Código se le atribuía legalmente.

Pero hay un motivo que obliga a pensar que CJ. 5, 16, 24, 2 es efectivamente una itp. justiniana. En efecto, la constitución donde se contiene este § 2 es del año 321, en tanto que la constitución sobre divorcio (CTh. 3, 16, 1) fue escrita diez años después, en el 331. En esta ley, como ya dijimos, la mujer que repudia al marido por cualquier motivo que no pertenezca a los *tria crimina* es deportada, aparte de que pierde todos sus bienes en favor del marido. Por eso, si la frase «*quia nec matrimonium huiusmodi casibus dissolvitur*» recogida en CJ. 5, 16, 24, 2 fuera de Constantino, no sólo a la mujer que repudia injustamente, sino también al marido repudiado se le habría prohibido contraer nuevo matrimonio, ya que el anterior no quedaba disuelto. Y esto está en plena contradicción con el contenido de la constitución, donde se contempla incluso el caso del marido que repudia a la mujer y contrae válidamente segundas nupcias, si bien penalizadas.

Por otra parte, si el principio de que la deportación no disuelve el matrimonio fuese clá-

sico, se produciría una llamativa desigualdad de situaciones entre los cónyuges inocentes, pues —según se desprende de CTh. 3, 16, 1— el marido repudiado injustamente por su mujer no podría volver a casarse —salvo infringiendo la ley, naturalmente— ya que la deportación de su mujer no ponía fin al matrimonio; pero, en cambio, la mujer repudiada injustamente por su marido sí podía contraer nuevo matrimonio, pues al marido se le imponían otras penas distintas a la deportación, lo cual me parece impensable.

En resumen, el principio de que el destierro no extingue el matrimonio no es constantiniano, sino justiniano, si bien fue introducido por Justiniano en la legislación mediante la interpolación de una ley de Constantino a propósito de las donaciones del marido que ha sufrido destierro.

c) *La ausencia*

En una constitución del 337, recogida en CJ. 5, 17, 7 —a la que Justiniano se refiere expresamente en la Novela 22, 14—, Constantino dispone que la mujer de un militar podrá contraer segundas nupcias, sin perder por ello la dote ni ser culpable de adulterio, siempre que,

por una parte, hayan transcurrido al menos cuatro años sin tener noticia alguna de su marido y sin posibilidad de *habere indicium*, y, por otra, notifique al *dux* del marido su determinación de contraer nuevo matrimonio. Así se le da a este nuevo casamiento la máxima publicidad y se evita la posibilidad de que sea considerado clandestino (*post tam magni temporis iugitatem non temere nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur*).

Con esta constitución del 337 —que me parece de gran importancia, pues continúa la finalidad claramente expuesta en la del 331 sobre el *repudium*—, Constantino rompe la tradición clásica al restringir las posibilidades de contraer nuevo matrimonio en el supuesto de ausencia a causa del servicio militar. Naturalmente, lo que pretende el emperador con la imposición de estos nuevos requisitos que permiten el segundo matrimonio es buscar la seguridad de la muerte del marido. «Questi limiti di tempo e queste precauzioni —observa Biondi— dimostrano come nel pensiero della legge lo scioglimento del matrimonio si riconduca sempre alla morte, sia pure presunta»⁴⁹.

49. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III, cit. p. 154.

Sin embargo, no hay que ver en esta ley un principio general, sino un derecho singular justificado por un *ratio iuris*, como veremos posteriormente.

III

LA LEGISLACIÓN SOBRE ESPONSALES

Son varias las constituciones constantinianas que se refieren directa o indirectamente a estas promesas de futuro matrimonio que son los esponsales.

Llama la atención, a este respecto, la lectura de CTh. 3, 5, 4 (= CJ. 5, 1, 2) y CTh. 3, 5, 5, ya que en ambas leyes figura la misma *inscriptio* —por la que se dirige la constitución *ad Pacatianum praefectum praetorio*— e idéntica *subscriptio*, que establece que la fecha de ambas constituciones es el 12 de abril del 332.

He aquí los textos:

CTh. 3, 5, 4:

Si is, qui puellam suis
nubtiis pactus est, intra
biennium exsequi nuptias
supersederit eiusque spatii
fine decurso in alterius
postea coniunctionem puella
pervenerit, nihil fraudis
ei sit, quae nuptias ma-

CTh. 3, 5, 5:

Patri puellae aut tutori aut
curatori aut cuilibet eius ad-
fini non liceat, cum prius
militi puellam desponderit,
eandem alii in matrimonium
tradere. Quod si intra bien-
nium, ut perfidiae reus in
insulam relegatur. Quod si

turando vota sua diutius
ludi non passa est.

pactis nubtiis transcurso
biennio qui puellam de-
sponderit alteri eandem so-
ciaverit, in culpam sponsi
potius quam puellae refera-
tur, nec quicquam noceat
ei, qui post biennium puel-
lam marito alteri tradidit.

La c. 4 dispone que la *sponsa* podrá casarse con otra persona, si por culpa del *sponsus* han transcurrido dos años desde la conclusión de los esponsales y todavía no han contraído matrimonio. Por su parte, la c. 5 establece un criterio aplicado al *miles*. A su vez, la *Interpretatio* se refiere a las dos disposiciones, mencionando conjuntamente tanto a los privados como a los militares.

¿Cómo es posible que dos constituciones de la misma fecha y de contenido semejante contengan, respectivamente, un principio general y un privilegio?

Para Sargenti⁵⁰, la norma originaria era la restrictiva, y no el principio general contenido en la c. 4. «Come altre volte nella storia del diritto romano —señala este autor—, questo privi-

50. Vid. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* (1938), cit. p. 114 ss.

legio concesso ai *militēs* ha costituito il nucleo iniziale da cui si è svolta una norma di carattere generale»⁵¹. Por tanto, Sargenti opina que no fue Constantino el que extendió a criterio general lo que era de aplicación restrictiva, sino los compiladores del Teodosiano. Uniendo la c. 4 a la c. 5, este romanista propone la siguiente reconstrucción de la ley de Constantino:

c. 5. Patri puellae aut tutori aut curatori aut cui libet eius adfini non liceat, cum prius militi puellam desponderit, eandem alii in matrimonium tradere. Quod si intra biennium ut perfidia reus in insulam relegatur.

c. 4. Si «miles», qui puellam suis nuptiis pactus est intra biennium exequi nuptias supersederit, eiusque spatii fine decurso [in alterius postea coniunctionem puella pervenerit, nihil fraudis ei sit, quia nuptias maturando vota sua diutius ludi non passa est].

c. 5. [Quod si pactis nuptiis transcurso biennio] qui puellam desponderit alteri eandem sociaverit, in culpam sponsi [potius quam puellae] referatur, nec quicquam noceat ei qui post biennium puellam marito alteri tradidit⁵².

Esta inaplicabilidad del criterio general contenido en CTh. 3, 5, 4 lleva a Sargenti a

51. *Ibidem*, p. 118.

52. *Ibidem*, p. 119.

pensar que durante la época constantiniana subsistió todavía el régimen clásico de libertad esponsalicia, aunque se pusieron las bases para que en época post-clásica se modificara sustancialmente esta institución, aproximándola al matrimonio.

La conclusión de Sargenti de que Constantino no alteró sino muy accidentalmente la clásica libertad esponsalicia me parece correcta, pero no acabo de coincidir con este autor cuando considera que fueron los compiladores del Teodosiano quienes extendieron a principio general lo que era de aplicación exclusiva para los militares.

En efecto, me parece que, tanto la c. 4 como la c. 5, eran partes de una misma ley constantiniana, que enunciaba ya el principio general de la caducidad del efecto de los esponsales por el transcurso de un bienio. El incumplimiento del plazo por parte del *sponsus* llevaba consigo —según se desprende de la c. 4 en relación con CTh. 3, 5, 2 del 319— la pérdida de las donaciones que hubiera hecho a la *sponsa*. Por su parte, la c. 5 establece un régimen especial a favor de los militares, de suerte que, en el caso de que la *puella* se case *intra biennium*, se condena con el destierro a los parientes que hubieran hecho los esponsales.

De la lectura de CTh. 3, 5, 4 y CTh. 3, 5, 5, parece desprenderse que:

1) Constantino mantiene, con carácter general, el régimen clásico que se aplicaba a las donaciones que se hacen los novios antes del matrimonio, de modo que son recuperables en el caso de que éste no llegue a celebrarse. Naturalmente, para recuperar la donación, el donante acudirá a la *condictio*, por tratarse de una *datio ob causam* en la que falla la causa remota de la *datio*.

2) La finalidad que persigue Constantino con esta ley es proteger a la mujer que ha hecho promesa de matrimonio y todavía no lo ha realizado (c. 4), y al militar (c. 5). Para ello, Constantino introduce dos novedades respecto al régimen clásico: a) que si el *sponsus* —ya sea *privatus aut militans*— no realiza el matrimonio en dos años, se le impide recuperar por la *condictio* la donación hecha a la *puella*; y b) que si la *sponsa* de un militar contrae matrimonio *intra biennium* con otro que no sea su *sponsus*, se condena a la pena de destierro al padre, al tutor, al *curator* o a los parientes de la novia, en su caso.

3) El hecho de que Constantino establezca la pérdida de la donación por el *sponsus* que incumple la promesa matrimonial o la pena de

destierro para los parientes de la *sponsa* de un militar cuando aquella se ha casado sin dejar transcurrir el bienio, no es sino una clara manifestación de que, en la época constantiniana, los esponsales no crean por sí mismos un vínculo jurídico, y que, por tanto, continúa existiendo el régimen clásico de libertad esponsalicia. La novedad de Constantino consistió en *i*) impedir la recuperación al *sponsus* que retrasa el matrimonio más de dos años, y, por otro lado, *ii*) agravar la responsabilidad de los que, tras haber hecho esponsales para una joven que de ellos depende, no esperan dos años para casarla con otro.

Como solución alternativa a la de Sargenti, puede sostenerse que el Código Teodosiano presentaba dividida la ley de Constantino; así lo muestra, además, el manuscrito *Taurinensis*. A su vez, la *Interpretatio* permite pensar que estas leyes constantinianas eran una sola ley, pues emplea la expresión *aut privatus aut militans*, que se refiere al contenido de ambos textos; no es de extrañar que los redactores de la *Interpretatio* tuvieran a la vista una copia íntegra de la ley de Constantino, pues, aunque posterior al Código Teodosiano, la *Interpretatio* debía de tener presente el texto originario de la ley de Constantino. Posteriormente, los visigodos sólo recogieron, en el Breviario de Alarico (3, 4, 5),

la c. 5 referida a los militares, y Justiniano, en su Código (5, 1, 2), incluyó exclusivamente la c. 4, pero con una restricción, a saber: que para que el *sponsus* pierda la donación si no contrae matrimonio *intra biennium* debía vivir *in eadem provincia* que la *sponsa*, como para no limitar su deber de casarse más que en el caso de proximidad de domicilio.

En estas dos leyes no se habla de los efectos del desistimiento del matrimonio prometido, pero parece sobrentenderse que no pueden ser otros que los de la recuperación de la donación antenupcial, que sólo muy posteriormente (380 d.C.) se acomodará al régimen oriental de las arras esponsalicias.

En otras palabras: Constantino considera que, cuando hubo esponsales —a los que se refiere como *pactum nuptiarum*—, la antigua *condictio* de recuperación de la donación antenupcial hecha por el *sponsus* sólo podía ejecutarse antes de haber transcurrido un bienio, después del cual la *sponsa* podía, reteniendo la donación, casarse con otro; si lo hace dentro del bienio, ella debía devolver la donación y los que la tenían bajo su poder, si eran responsables de los esponsales y del matrimonio con otro, debían sufrir la *deportatio in insulam*.

Así, aún sin alterar el carácter no vinculante de los esponsales, éstos alcanzaron un nuevo efecto, que era el de limitar a dos años el derecho de recuperación de la donación antenupcial del *sponsus* a la *sponsa*. Evidentemente, la reforma de Constantino iba dirigida a defender las expectativas nupciales de la *sponsa*, a la vez que a agravar la *perfidia* de los responsables de los esponsales, no de la misma *sponsa*, que no respetaban ese plazo de dos años.

En el año 336, Constantino dispuso en una constitución recogida en CTh. 3, 5, 6 (= CJ. 5, 3, 16) que, si el *sponsus* hace una donación a su *sponsa osculo interveniente*, y cualquiera de ellos muere antes de la celebración del matrimonio «*dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes*». Ahora bien, si cualquiera de los novios muere *osculo vero non interveniente*, la donación no surtirá efectos y pertenecerá al novio o a sus herederos, es decir, procederá la antigua recuperación de la donación antenupcial. Por otra parte, si una novia, *interveniente vel non interveniente osculo*, hiciera alguna donación a su novio —cosa que raramente ocurre (*quod raro accidit*), dice la constitución— y alguno de los novios muere antes del casamiento, la donación no surtirá efectos, y las cosas transferidas deberán ser entrega-

das a la novia o a sus herederos. No se trata aquí de esponsales, sino de un signo exterior de la inhibición de futuro matrimonio manifestado en el acto de la donación antenuptial. Parece claro que el ósculo esponsalicio limita el derecho de recuperación para el *sponsus* donante, ya que sólo podrá recuperar él —cuando haya muerto la *sponsa*— o sus herederos —cuando sea él el que ha muerto— la mitad de la donación; en tanto, si es donante la *sponsa*, que es menos frecuente, pues ella ya aporta la dote, el ósculo no impide que bien ella —si muere el *sponsus*—, bien sus herederos —si muere ella—, recuperen la donación. También esta ley del 336 está dirigida a defender los intereses de la *sponsa*.

Que de forma muy tangencial e indirecta se limite la libertad de disolver los esponsales no puede llevarnos a pensar que Constantino pretendió con esta constitución modificar el principio clásico.

Conviene hacer una mención especial a la expresión *osculum interveniens*, que introduce Constantino en su legislación y que constituye una forma equivalente a los esponsales con ciertos efectos jurídicos en algunos supuestos, como acabamos de ver.

El *osculum* tuvo una gran importancia en las ceremonias religiosas cristianas —como lo

atestiguan diversos Padres de la Iglesia⁵³— y llegó a formar parte integrante de la ceremonia de los esponsales cristianos. El ósculo venía a ser como una presunción de esponsales pero con un régimen más vinculante, pues no parece sometido a la caducidad del bienio. De ahí que Volterra se atreva a decir: «È quindi assai probabile che la legislazione di Costantino, piena di idee e di concetti orientali, in cui cominciano ad entrare i primi germi del cristianesimo, abbia voluto dare un riconoscimento ed un valore speciale al fidanzamento cristiano ed abbia considerato la cerimonia dell'*osculum* come una prova dell'avvenuta promessa»⁵⁴.

En cuanto a las arras esponsalicias, en su extenso y exhaustivo trabajo sobre este tema, Volterra niega que fuese Constantino el que las introdujo en el derecho romano, en contra de la opinión de Koschaker y Mitteis⁵⁵. También advierte Kaser⁵⁶, que de arras esponsalicias no

53. Vid., por ejemplo, SAN AMBROSIO, *De Isaac et anim.* 1, 8 (PL. 14, 531-532); SAN AGUSTÍN, *Liber de amicitia*, cap. 6 (PL. 6, 835-836), etc.

54. VOLTERRA, *Studio sull'«arrha sponsalicia»*, en *Rivista italiana per la scienze giuridiche* 2 (1927) 657.

55. *Ibid.*, pp. 581-670, y bibliografía allí citada.

56. KASER, *Das römische Privatrecht* II² (1975) 165.

puede hablarse hasta el 380⁵⁷. Es probable que, al entenderse la donación antenupcial como arras, se extendiera a los esponsales con arras el régimen propio del contrato consensual con ellas, de suerte que, sin limitación de la caducidad del bienio, el desistimiento nupcial fuera sancionado por la obligación de perder las arras dadas o devolver duplicadas las recibidas, por parte del que las recibió.

57. Cfr. CTh. 3, 5, 11 del 380 y CTh. 3, 6, 1 del 380 (= CJ. 5, 2, 1, donde se emplea incluso la expresión «arra sponsalicia» en vez de *sponsalia*).

IV
EL CONCUBINATO
EN LA LEGISLACIÓN CONSTANTINIANA

La primera constitución que Constantino dedicó al concubinato la recoge Justiniano en el *Codex repetitae praelectionis* como única ley del título 26 del libro V, bajo la rúbrica *De concubinis*. Dice así:

Nemini licentia concedatur constante matrimonio concubinam penes se habere.

Es ya *communis opinio* entre los romanistas pensar que en este título del Código de Justiniano sólo se conserva una parte de la ley constantiniana del 326, ya que, con carácter general, las constituciones que Constantino dirigía *ad populum* —como es el caso que estamos contemplando— solían ser mucho más extensas. De todas formas, estas nueve palabras son suficientes para advertir que Constantino quiso reformar y moderar la práctica del concubinato, que estaba tan arraigada en Roma.

A propósito del matrimonio clásico romano, observa d'Ors con agudeza que «de 'nuli-

dad' no se puede hablar propiamente, porque el matrimonio romano no es un acto jurídico, sino una situación de hecho; por la misma razón no se puede hablar de bigamia, pues una nueva unión conyugal pone fin por sí misma a la anterior»⁵⁸. Pero, si bien es cierta esta afirmación de d'Ors, también lo es que la práctica del concubinato, que no tenía ningún tipo de consecuencias jurídicas, hizo posible en Roma la existencia de una poligamia *de facto*, aprobada por la sociedad de la época. Por otra parte, la *lex Iulia et Papia Poppaea*, con sus prohibiciones matrimoniales de carácter social, obligó a ciertas personas —como los gobernadores, por ejemplo— a unirse a una «concubina», ya que legalmente no podían contraer matrimonio en la provincia. También sabemos que emperadores de buenas costumbres, como Vespasiano o Marco Aurelio, vivieron en concubinato tras la muerte de sus respectivas mujeres.

En mi opinión, Constantino, con esta constitución del 326, pretendía abolir lo que acabo de denominar como «poligamia *de facto*». Para conseguir este objetivo, no prohibió el concubinato —lo cual hubiera sido impensable en su tiempo debido a las prohibiciones de ca-

58. D'ORS, *DPR.*⁶, cit. § 219.

rácter social para contraer matrimonio—, sino que no permitió al marido «*constante matrimonio concubinam penes se habere*». Esto, en cierta manera, revalorizaba y moralizaba el concepto de concubinato, ya que lo situaba en una posición semejante al matrimonio, pues de la misma manera que un marido no podía estar casado con dos mujeres a la vez, tampoco podía tener *uxor concubinaque* simultáneamente.

Es importante tener en cuenta que, como observa Perozzi, «Costantino non vieta che il marito tenga una concubina; vieta che la tenga *penes se*»⁵⁹, es decir, en su poder, lo cual significa, en su casa, bajo su mismo techo.

Aparte la ley recogida en CJ. 5, 26, se nos conserva parcialmente una constitución del 29 de abril del 336 (CTh. 4, 6, 2), e íntegra otra constitución del mismo año, a la que hice referencia a propósito de las prohibiciones matrimoniales, recogida en CTh. 4, 6, 3 (= CJ. 5, 27, 1).

En esta constitución, como dije, Constantino dispone que tanto los *senatores* como los *perfectissimi*, etc. serán castigados con la infamia y la pérdida de la ciudadanía si, *aut proprio*

59. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² I (Roma 1938) 372 n. 1.

iudicio aut nostri praerogativa rescripti, quisieran considerar como legítimos los hijos nacidos de esclava o mujer de baja condición social. A su vez, toda donación hecha al hijo natural será revocada y entregada a los herederos legítimos, *aut fratri, aut sorori aut patri, aut matri*. También revoca cualquier donación hecha a la concubina. Las expresiones que se utilizan en la constitución son fuertes, y manifiestan la voluntad de un legislador severo e intransigente: «*Sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione conlatum* —dice la constitución—, *etiam hoc retractum reddi praecipimus: ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, si quid quaeritur vel commendatum dicitur, quod his reddendum est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis subici iubemus*». Incluso Constantino prohíbe en esta meticulosa ley cualquier liberalidad *per suppositam personam*.

Tanto el último párrafo de la c. 3, como prácticamente la totalidad de lo que se nos conserva de la c. 2, se refieren a la pena impuesta a un hijo natural de Liciniano que había alcanzado la dignidad senatorial, al parecer, obrepticamente. Por eso, el emperador dispone en c. 2 que «*Itaque Liciniani etiam filio... omnis substantia auferat]ur et secundum hanc legem fisco adiudicetur, ipso verbefrato] conpedibus vinciendo,*

ad suae originis primordia redi[gendo]». En la c. 3, Constantino ordena que el hijo de Liciniano sea encadenado y llevado a Cartago para servir en el gineceo.

Me he querido detener en este detalle histórico porque tiene cierto interés. En efecto, por las fechas de las constituciones, se puede comprobar que Constantino extendió a principio general, por ley del 336, la normativa particular aplicada al hijo natural de Liciniano en la constitución de 29 de abril del mismo año⁶⁰.

Por último, tenemos que mencionar una constitución de Constantino a la que se refiere el emperador Zenón, que está recogida en CJ. 5, 27, 5 pr. del 477:

Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis...

Con esta constitución, Constantino introduce el concepto de legitimación del hijo natural por mujer ingenua *per subsequens matrimonium*.

60. Vid. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* (1986), cit. pp. 40 ss, a quien sigo en este punto.

La misma pregunta que nos planteamos cuando analizábamos la constitución sobre el divorcio, debemos volvérsela a cuestionar una vez más: ¿Influyó la Iglesia sobre esta legislación constantiniana de represión del concubinato? Que la doctrina cristiana fue tenida en cuenta durante la época post-clásica en la legislación sobre el concubinato no lo niega ningún autor. Así, por ejemplo, Albertario afirma tajantemente que «nessuno tarderà a vedere in questa materia una influenza della nuova dottrina del Cristianesimo»⁶¹. Biondi también observa que «questo orientamento della coscienza cristiana non poteva non avere ripercussione sulla legislazione, trattandosi di materia di tanta importanza»⁶². Jörs y Kunkel, por su parte, sin referirse directamente a la influencia de la Iglesia, sí advierten que sólo a partir de los emperadores cristianos comenzó a considerarse el concubinato como moralmente reprochable⁶³.

61. ALBERTARIO, *Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino*, en *Studi di diritto romano* I (Milano 1933) 236.

62. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* III, cit. p. 129.

63. JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrechts* (Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949) 282.

Sin embargo, si nos atenemos exclusivamente al texto de las constituciones constantinianas, no se puede deducir con claridad una influencia cristiana. Como bien observa Sargenti, las constituciones recogidas en CTh. 4, 6, 2 y 3 del 336 no tienen por finalidad la mera sanción económica a los hijos naturales y a las concubinas, ni mucho menos todavía en atención a un principio inspirado en la doctrina cristiana. «Queste norme —son palabras textuales del autor— difendono, piuttosto, con estremo vigore il prestigio della classe dirigente romana, portando a conseguenze tanto estreme da divenire aberranti (come spesso accade nella legislazione del Basso Impero) l'orgoglioso esclusivismo affermato dalla legislazione augustea a tutela dell'ordine senatorio ed estendendolo, in conformità con la nuova struttura della società e dell'ordinamento dell'Impero, alle alte cariche della categoria dei *perfectissimi* ed ai membri delle aristocrazie locali»⁶⁴.

Sí es posible pensar, en cambio, que en el principio general contenido en CJ. 5, 26 bajo la rúbrica *De concubinis* haya influido la doctrina de la Iglesia recogida, no sólo en el Evangelio y en las epístolas paulinas, sino también en los

64. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino* (1986), cit. p. 41.

concilios, como, por ejemplo, el de Elvira del 305, que en su canon 8 dispone: «*Item foeminae, quae, nulla praecedente causa, reliquerint viros suos, et se copulaverint alteris, nec in fine accipiant communionem*»⁶⁵. He dicho posible por dos razones: en primer lugar, porque, como ya advertí al comienzo de este apartado, sólo se nos conserva una parte muy pequeña del texto de la constitución; y en segundo, porque, en el supuesto de que hubiera existido tal influencia de la Iglesia, hubiera sido suprimida la expresión *penes se*, aunque también cabe pensar que Constantino sólo moralizó relativamente.

65. Cfr. MANSI 2, 7.

V

LAS UNIONES CONYUGALES
CON PERSONA ESCLAVA

Como es sabido, en derecho romano clásico, se denomina contubernio a la unión conyugal con persona esclava⁶⁶. Constantino también mantuvo esta calificación legal en sus constituciones referentes a la prohibición de matrimonio con persona esclava.

En efecto, en una ley de 1 de julio del 319, el emperador afirma que «*sed neque concubium cum personis potest esse servilibus et ex huiusmodi contubernio servi nascuntur*»⁶⁷. Pero es interesante señalar que en esta misma constitución —recogida en el título *De decurionibus* del *Codex Theodosianus* y dirigida a castigar la unión clandestina de un decurión con una esclava ajena—, Constantino advierte, con carácter general, que la unión con esclava «*etsi videtur*

66. Vid. FALCÃO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, cit. pp. 72-75.

67. CTh. 12, 1, 6 del 319 (= CJ. 5, 5, 3 con algunas alteraciones).

indignum, minime tamen legibus prohibetur». Evidentemente, con estas palabras —que no fueron recogidas en el Código de Justiniano (cfr. CJ. 5, 5, 3)—, el emperador se está refiriendo exclusivamente a las uniones contubernales entre hombre libre y esclava, y no a las relaciones entre mujer libre y esclavo, que venían siendo especialmente consideradas desde hacía siglos. En efecto, en el año 54 d.C, por el senadoconsulto Claudiano, se estableció que la mujer libre que mantuviere relaciones contubernales con un esclavo, y fuese denunciada por el dueño de éste, perdía la libertad y era adjudicada por el magistrado al dueño del contubernal.

Constituye ya un tópico romanístico el atribuir a este sc. Claudiano el requisito de tres *denuntiationes* del *dominus* a tal mujer, como previo a la pérdida de la libertad de ésta. Es posible que el origen de este tópico radique en la *Interpretatio* de una ley de Constantino del 317⁶⁸, cuyo texto desconocemos. Esta breve *Interpretatio* dice que «*septem testibus civibus Romanis praesentibus tertio ex senatus consulto Claudiano denuntiandum*».

Sin embargo, en sus «Instituciones», nada nos dice Gayo de la necesidad de tres denun-

68. CTh. 4, 12, 2.

cias; es más, emplea el término *denuntiatio* en singular (*denuntiante domino*)⁶⁹. También en las *Pauli Sententiae* se utiliza, con carácter general, el singular para referirse a la *denuntiatio*⁷⁰.

Conviene advertir que una *denuntiatio* procesal se hacía necesaria para incoar el proceso *extra ordinem* ante el magistrado encargado de las causas de libertad y esclavitud, y también que era el magistrado quien adjudicaba por derecho pretorio —ya que en el siglo I d.C. los senadoconsultos no eran todavía fuente del *ius civile*— como esclava del *dominus* del esclavo contubernal a la mujer libre. Es posible que, en provincias, hubiera hecho falta una *trina denuntiatio* para que el gobernador adjudicara la propiedad de la mujer reducida a esclavitud a favor del dueño denunciante.

De Dominicus opina con razón que las tres *denuntiationes* fueron introducidas en época post-clásica⁷¹, quizá por analogía con otras

69. *Gai.* 1, 91. En *Gai.* 1, 160, se utiliza el término en plural porque se refiere a las denuncias hechas por distintos dueños a diferentes esclavas: «*quibus invititis et denuntiationibus dominis cum servis eorum coierint*».

70. Cfr. *PS.* 2, 21a.

71. De Dominicus, *Di alcuni testi occidentali delle «Sententiae» riflettenti la prassi postclassica*, en *Studi in onore di Arangio Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento* IV (Napoli 1953) 512 ss.

prácticas jurídicas, como, por ejemplo, la *trina denuntiatio* oficial para la declaración de contumacia⁷², en cuyo caso la *denuntiatio* triple puede ser sustituida por una única⁷³.

No era difícil que, en la práctica, se pasara de la *denuntiatio* procesal ante el magistrado a una *denuntiatio* privada y admonitoria, y por eso triple, a la mujer contra la que se quería hacer valer el efecto penal del sc. Claudiano, y que esa denuncia privada triple fuese necesaria para el decreto del magistrado. Así, en *PS.* 2, 21a, 17 se dice:

Tribus denuntiationibus conventa etsi ex senatus consulto facta videatur ancilla, domino tamen adiudicata citra auctoritatem interpositi per praesidem decreti non videtur: ipse enim debet auferre qui dare potest libertatem.

En efecto, de este texto de fines del siglo III se deduce la práctica provincial —que viene a superar el efecto no civil de la sanción *ex senatus consulto Claudiano*— del requisito de las tres denuncias previas del *dominus* del esclavo que mantiene relaciones contubernales con la mujer libre. No cabe duda de que la incorporación de este nuevo requisito no es sino una

72. Cfr. *PS.* 5, 5a, 6 (7).

73. Cfr. *CJ.* 7, 43, 8 del 290.

aplicación del principio *favor libertatis*, pues viene a limitar de algún modo la esclavitud *ex sc. Claudiano*.

En un momento posterior a la primera redacción de las *PS.*, Constantino mantiene la vigencia del senadoconsulto Claudiano, como se deduce de una constitución del 314⁷⁴, en la que dispone que, si una mujer libre cohabita con un esclavo ajeno, pierde la libertad, y los hijos espurios se hacen esclavos del dueño del esclavo con el que convivió. Diecisiete años después, este emperador vuelve a referirse, en otra constitución, al secular senadoconsulto: «*[Q]uae-cumque mulierum post hanc legem servi contubernio [se] miscuerit, et non conventa per denuntiationes, sicut ius statu]ebat antiquum, statum libertatis amittat*»⁷⁵.

En esta c. 4, Constantino suprime la necesidad de la triple denuncia por parte del propietario, para que el magistrado imponga directamente la pena, consistente en que la mujer se haga esclava del *dominus* del contubernal. De todas formas, aunque se suprima la *trina denuntiatio*, no parece que la sanción pudiera ser impuesta sin reclamación (*denuntiatio* procesal) del

74. CTh. 4, 12, 1.

75. CTh. 4, 12, 4 del 331.

dueño del esclavo. Falcão no tiene en cuenta la necesidad de una reclamación de este dueño, al que, por lo demás, no se podía imponer, sin su voluntad, la propiedad sobre la contubernal⁷⁶.

Es decir, Constantino retorna en esta constitución al régimen clásico, a pesar de la confusa expresión «*sicut ius sta[tu]lebat antiquum*», en la que, según nuestra opinión, el emperador se está refiriendo, no al senadoconsulto Claudiano, sino al derecho ya post-clásico, pero anterior a él, en el que se había introducido la *trina denuntiatio*.

Una excepción sobre el principio general parece admitir Constantino en CTh. 4, 12, 3 del 320 (?) por la que dispone que la mujer que cohabita con un esclavo fiscal no pierde la libertad, pero los hijos espurios nacen latinos, y no romanos. Así parece desprenderse del texto:

Cum ius vetus ingenuas fiscalium servorum contubernio coniunctas ad decoctionem natalium cogat nulla vel ignorantiae venia tributa vel actati, placet coniunctionum quidem talium vincula vitari, sin vero mulier ingenua vel ignara vel etiam volens cum servo fiscali convenerit, nullum eam ingenui status damnum sustinere, subolem vero, quae patre servo fiscali, matre nascetur ingenua,

76. Vid. FALCÃO, *Las prohibiciones matrimoniales...*, cit., p. 74.

mediam tenere fortunam, ut servorum liberi et liberarum spurii Latini sint, qui, licet servitutis necessitate solvantur, patroni tamen privilegio tenebuntur...

Esta reforma puede estar en relación con la otra de haber suprimido la *trina denuntiatio*; o mejor: al exigirse la *trina denuntiatio*, ésta era difícil de darse en caso de un esclavo fiscal, de modo que podía haber seguido el régimen anterior de la simple denuncia procesal; pero Constantino habría mitigado este antiguo régimen, respecto al esclavo fiscal, cuando suprimió el requisito de la *denuntiatio* triple. Es posible también que, desde que se exigió la *trina denuntiatio*, el sc. Claudiano hubiese dejado de aplicarse en caso de esclavo fiscal, limitándose la sanción a la pérdida de la ingenuidad, pero que, en cambio, Constantino hubiese aceptado ese efecto práctico, aunque postergando la condición de los hijos.

Por último, en una constitución del 336⁷⁷, Constantino castiga con la pena capital a la mujer que mantiene ocultamente relaciones con un esclavo propio y «*filií etiam, quos ex hac coniunctione habuerit* —señala la ley—, *exuti omnibus dignitatis insignibus in nuda maneant libertate, neque per se neque per interpositam perso-*

77. CTh. 9, 9, 1 (= CJ. 9, 11, 1 del 326).

intestato vel filiis, si erunt legitimi, vel proximis cognatisque deferatur vel ei, quem ratio iuris admittit, ita ut et quod ille, qui quondam amatus est, et quod ex eo suscepti filii quolibet casu in sua videntur habuisse substantia, dominio mulieris sociatum a memoratis successoribus vindicetur».

Es difícil hacerse una idea cabal de la posición de la Iglesia en este momento ante el matrimonio con persona esclava. Del análisis de las fuentes parece desprenderse que tampoco la Iglesia favorecía el matrimonio entre esclavos. Así se manifiesta, por ejemplo, en las *Sanctiones et Decreta* del Concilio de Nicea del 325, donde se afirma que:

Servorum et servarum coniuga non licent Christianis, nisi post manumissionem, qua facta, contrahant iure matrimoniali, et libere dote assignata, secundum consuetudinem illius regionis, quam incolunt⁷⁸.

Sin embargo, de todos en conocida la crítica de Hipólito al papa Calixto I (217-222) por su famosa decisión de autorizar la unión de mujeres cristianas de alta dignidad con esclavos o

78. MANSI, 2, 1037. Vid. también, por ejemplo, SAN LEÓN MAGNO, *Epist.* 167 (PL. 54, 1204); PAPA JULIO I (PL. 8, 969).

libertos también cristianos, prohibidas por la ley civil⁷⁹

No me parece accertada la opinión de Orestano, para quien «la Chiesa infatti, per quanto potè, accettò progressivamente le norme dell'ordinamento romano e solo quando queste contrastavano troppo crudamente ai suoi principi ne creò altre, non contro il diritto civile, ma accanto ad esso, imponendole all'osservanza dei fedeli e cercando di farle a poco a poco accogliere anche dall'ordinamento civile»⁸⁰.

Más acorde con la realidad me parece la opinión de Biondi: «Se il matrimonio [cristiano] postula il consenso libero e pieno rivolto a stringere un vincolo perpetuo, se i rapporti coniugali sono stabiliti dalla legge e mai da una volontà estranea, se il vincolo coniugale importa tutta una serie di obblighi personali, che si riassumono nella *mutua potestas corporis* fino al punto che si parla di *ius in corpus perpetuum et exclusivum*, come può sorgere —se pregunta el autor— giuridicamente un rapporto di tal fatta quando il *dominus* di uno degli sposi conserva

79. Vid. ORÍGENES, *Philosophumena* 9, 12 (PG. 16-3, 3385).

80. ORESTANO, *Alcune considerazioni sui rapporti fra matrimonio cristiano e matrimonio romano nell'età postclassica*, en *Scritti Ferrini* (Milano 1946) 366.

sempre la giuridica facoltà di disporre liberamente della persona del proprio schiavo? Occorreva o rinnegare lo stesso istituto della schiavitù o disconoscere il carattere e gli effetti del matrimonio. Tra il matrimonio, che importa libertà e convivenza, e la schiavitù, che significa subordinazione giuridica, c'è contrasto. Ed ecco perchè la Chiesa, non rinnegando la schiavitù, non ammette matrimonio tra schiavi. In fondo è la stessa ragione per cui si esclude la ordinazione dello schiavo»⁸¹.

Es conveniente señalar que las fuentes que conservamos sobre la prohibición de la Iglesia del matrimonio entre esclavos —salvo la mencionada del Papa Calixto I, que precisamente no lo prohíbe— son todas posteriores a las constituciones constantinianas del 316 y del 321 sobre *manumissio in ecclesia*⁸², que sirvieron, como es sabido, para disminuir considerablemente el número de esclavos⁸³.

81. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III cit. p. 89.

82. Cfr. CJ. 1, 13, 1 del 316 y CTh. 4, 7, 1 del 321 (= CJ. 1, 13, 2).

83. Debe recordarse que, hasta la reforma de 1983, el Código de Derecho Canónico consideraba nulo el matrimonio con persona cuya condición servil hubiere ignorado el otro cónyuge (cfr. antiguo canon 1083 § 2).

VI CONCLUSIONES

Del presente trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1) En la legislación constantiniana, el matrimonio es considerado todavía como una situación de hecho, que crea entre los cónyuges un vínculo moral y sobre todo social, pero no jurídico. Esto se desprende del análisis de CTh. 3, 16, 1 del 331, que es una ley «menos que perfecta», ya que no declara inválido el acto prohibido —el segundo matrimonio—, sino que se limita a imponer penas por las diversas infracciones.

2) Con la derogación parcial de la legislación caducaria y la reducción de las justas causas de repudio, así como con su nueva legislación sobre ausencia, deportación, esponsales y concubinato, Constantino puso los fundamentos para que paulatinamente el concepto de matrimonio pagano se fuera aproximando a la concepción cristiana del matrimonio.

3) Esta labor de aproximación del matrimonio pagano al matrimonio cristiano puede

deberse a la influencia de algunos asesores cristianos próximos al emperador, como el Obispo Osio de Córdoba, Ablavio, etc.

4) Constantino luchó contra la poligamia *de facto* existente en el Imperio Romano. Sin embargo, para conseguir este objetivo, no prohibió el concubinato —lo cual hubiera sido impensable en su tiempo, debido a las prohibiciones de carácter social para contraer matrimonio—, sino que lo revalorizó y moralizó aproximándolo al matrimonio, de suerte que así como un marido no podía estar casado con dos mujeres a la vez, tampoco podía tener una mujer y una concubina simultáneamente.

5) No fue Constantino, sino Justiniano, el que introdujo el rapto entre las prohibiciones matrimoniales.

6) También el principio de que la deportación no disuelve el matrimonio es justiniano y no constantiniano.

7) Constantino no modificó —no conservamos leyes suyas sobre este tema— el principio romano clásico de que para la existencia del matrimonio se requiere, no sólo el consentimiento de los novios, sino también el *consensus parentum* o de otras personas, en su caso.

8) En época constantiniana, se siguió aplicando, con carácter general, el principio clásico

de libertad, a pesar de la donación esponsalicia. La novedad que introdujo Constantino consistió en impedir la recuperación de la donación antenupcial al *sponsus* que retrasa el matrimonio más de dos años, y por otra parte, en agravar, cuando el *sponsus* es militar, la responsabilidad de los parientes que, tras haber hecho esponsales para una joven que de ellos depende, no esperan dos años para casarla con otro.

9) De la lectura de las constituciones constantinianas, aunque el emperador no lo mencione en ninguna de ellas expresamente, se desprende la praxis de la *episcopalis audientia*. Constantino legisla todavía para los paganos, pero se deja influir por este nuevo derecho cristiano que están practicando los obispos desde que él les dio jurisdicción; conserva en sus leyes los principios romanos clásicos sobre el matrimonio, pero insinúa ya algunas directrices del futuro matrimonio cristiano, que debían coincidir con las seguidas en la *episcopalis audientia*. El mismo hecho de que fuera suficiente la voluntad de un solo litigante para acudir a la jurisdicción episcopal⁸⁴ indica su deseo de cristianizar discretamente el derecho. Ahora bien, en su propia legislación, no rompe del todo con el pasado, como podían hacer los obispos, pese a que fuese él considerado *priscarum legum turbator*.

84. Cfr. *Const. Sirmond.* 1 del 331.

ÍNDICE TÓPICO Y ONOMÁSTICO*

- Ablavio, 40, 92
 Agustín (San), 42
 Albertario, 48, 74
 Alejandro, 31
 Ambrosio (San), 31-32, 64
 arras sponsalicias, 61 ss.
 Arrio, 31 ss.
 Augusto, 25 ss.
 ausencia, 50 ss.

 Basanoff, 39, 42
 bienio, 56 ss.
 Biondi, 21, 29, 39, 44, 48, 74, 87
bona materna, 21, 33
 Bonfante, 36, 39, 48
 Breviario de Alarico, 60
 Britania, 20

caelibes, 25 ss.
 Calixto I (Papa), 86, 88
 Cancillería imperial, 12, 40
 Cardascia, 35
 «clasicismo», 12
 clérigo, 29-30
 Concilio de Elvira, 76;
 —de Nicea, 86
 concubinato, 21, 67 ss.
condictio, 59, 61
consensus parentum, 92
 Constancio Cloro, 20
 contubernio, 77 ss.

datio ob causam, 59
denuntiatio, 80 ss.
 deportación, 39, 46 ss., 61, 92

* Se omiten en este índice muchas referencias accidentales así como la de algunos tópicos tratados *passim* y la de aquéllos que continuamente se mencionan, como matrimonio, cónyuge, constitución, Constantino, etc.

- Diocleciano, 12
 divorcio, 37 ss.
 Dominicus (De), 81
 donación, 50, 58 ss., 93
 dote, 39
- Ehrhardt, 29
episcopalis audientia, 30-31,
 41, 93
 esclavitud, 14, 77 ss.
 esclavo fiscal, 84 ss.
 esponsales, 53 ss.
 Eusebio de Cesarea, 17,
 31.
- Falcão, 35 ss., 79 ss.
- Gaudemet, 28-29, 43
 Gayo, 80 ss.
 gobernadores, 70
 Godofredo, 39
- Hermogeniano, 12
 Hipólito (San), 86
 Holsapple, 18 ss.
 Humbert, 29 ss.
- Iglesia Católica, 27 ss.,
 74 ss.
 Iglesias (Juan), 36
 impedimento, 33
inscriptio, 55
iuris prudentes, 12
ius civile, 81;—*conubii*, 44,
 46;—*liberorum*, 25
- Jonkers, 43
 Jörs, 74
 Juliano (el Apóstata), 12,
 17, 42
 jurisdicción episcopal, 93
- Kaser, 64
 Koschaker, 64
 Kunkel, 74
- Lactancio, 17
 legislación caducaria, 25 ss.
 León Magno (San), 86
lex Flavia municipalis,
 26;—*Irnitana*, 26;—*Iulia*
de maritandis ordinibus,
 25;—*Iulia municipalis*,
 26;—*Papia Poppaea*, 25-26
- Liciniano, 72-73
 Licinio, 20
- manumissio in ecclesia*, 31,
 88
miles, 50 ss., 56 ss.
 Mitteis, 64
- nulidad, 45, 69-70
- obispo, 93
orbi, 25 ss.
 Orestano, 87
 Ors. (Álvaro d'), 11-14, 26,
 69-70
 ósculo esponsalicio, 62 ss.
 Osio de Córdoba, 31, 92

- Pacatiano, 55
perfectissimi, 34 ss., 71 ss.
perfidia, 62
 Perozzi, 71
personae incertae, 30
 Piganiol, 27 ss.
poena caelibatus, 32; —*se-*
cundarum nuptiarum, 32
 poligamia, 70 ss., 92
 prohibiciones matrimonia-
 les, 33 ss., 71 ss.
- rapto, 36
repudium, 37 ss.
 rescripto imperial, 12-13
 Robertis (De), 35
 Robleda, 39, 48
- «Santi Quattro Incorona-
 ti», 18
 Sargenti, 39 ss., 48, 56
 ss., 73
- senadoconsulto Claudiano,
 80 ss.
 senadores, 34 ss., 71 ss.
 Silvestre (San), 18
solidus, 13
 Soracte (monte), 19
 Sozomeno, 28
sponsa, 56 ss.
sponsus, 56 ss.
subscriptio, 55
- Teodosio I, 43
 Teodosio II, 27
- Vannucchi Forzieri, 42 ss.
 vínculo, 91
 virginidad, 25 ss.
 viudedad, 25 ss.
 Volterra, 19-20, 39, 64
- Zenón, 73
 Zósimo, 17

ÍNDICE DE FUENTES

A. FUENTES JURÍDICAS

Codex Iustinianus

1, 2, 1	: 31
— 13, 1	: 88
— — 2	: 31, 88
5, 1, 2	: 55 ss.
— 2, 1	: 65
— 3, 16	: 62 ss.
— 16, 24, 2	: 47 ss.
— 17, 7 pr.	: 50 ss.
— 26	: 69 ss.
— 27, 1	: 34ss., 71ss.
— — 5 pr.	: 73
— 37, 22, 5	: 33
6, 51, 1	: 26
7, 43, 8	: 82
8, 57, 1	: 26 ss.
— — 2	: 27
9, 11, 1	: 85-86
— 13, 1, 2	: 37

Codex Theodosianus

1, 27, 1	: 31
3, 5, 2	: 58
— — 4	: 55 ss.
— — 5	: 55 ss.
— — 6	: 62 ss.
— — 11	: 65
— 6, 1	: 5
— 16, 1	: 37 ss., 49 ss., 91
— 30, 3, 5	: 33
4, 6, 2	: 71 ss.
— — 3	: 34ss., 71ss.
— 7, 1	: 31, 88
— 12, 1	: 83
— — 3	: 84-85
— — 4	: 83 ss.
8, 16, 1	: 26 ss.
— 17, 2	: 27

— 18, 3	: 33	CTh. 4, 12, 2	: 80
9, 9, 1	: 85-86		
— 24, 1	: 36	<i>Lex Romana Burgundionum</i>	
— 42, 1	: 47 ss.	21, 1-3	: 39
12, 1, 6	: 79 ss.		
16, 2, 4	: 31	<i>Lex Romana Visigothorum</i>	
		3, 4, 5	: 60
<i>Const. Sirmond.</i>			
1	: 93	<i>Novellae Iustiniani</i>	
<i>Edictum Theodorici</i>		22, 13	: 47 ss.
54	: 39	— 14	: 50
		143	: 37
<i>Gai Instit.</i>		150	: 37
1, 91	: 80-81		
— 160	: 81	<i>Pauli Sententiae</i>	
<i>Interpretatio</i>		2, 21a	: 80
CTh. 3, 5, 5	: 60	— — 17	: 82 ss.
		5, 5a, 6 (7)	: 82

B. OTRAS FUENTES

<i>S. Ambrosius</i>		<i>Eusebius, Vita Const.</i>	
<i>de Isaac et anim.</i> 1, 8:	64	4, 26-28	: 31
<i>de viduis</i> 14, 84-85	: 32		
<i>S. Augustinus</i>		<i>S. Leo Magnus, Epist.</i>	
<i>liber de amic.</i> 6	: 64	167	: 86
<i>quaest. ex utr. mixt.</i>		<i>Origenes, Philosophum</i>	
115	: 42 : 42	9, 12	: 87
<i>Concilium Nicaenum Gene-</i>		<i>Sozomenus, Hist. Eccl.</i>	
<i>rale, Sanctiones et Decre-</i>		1, 9	: 28
<i>ta</i>	: 86		
<i>Concilium Iliberitanum</i>			
8	: 76		

[illegible]

1006267